



Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

ORDEN N° 12855

DICTAMEN N° 8.411  
"Ávalos, Jorge Ariel;  
Pérez, Claudio David  
s/ recurso de casación"  
Causa N° 1.555/13, Sala II

Cámara:

**Javier Augusto De Luca**, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos Nro. 1.555/2013 del registro de la Sala II caratulados: "ÁVALOS, Jorge Ariel; PÉREZ, Claudio David s/ recurso de casación", me presento y digo:

-I-

Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín tuvo por acreditado que el Secretario del Juzgado Federal N° 2 de Morón, a cargo de la Secretaría N° 7, doctor Claudio Galdi, recibió un llamado telefónico del Comisario Marcelo Chevriau, en el que le daba cuenta, que el 21 de diciembre de 2012, en el marco del operativo policial 1079/12, que pretendía prevenir los posibles saqueos sobre los que se estaba alertando a la opinión pública, una comisión policial apostada en el interior del estacionamiento del supermercado "Wallmart" de San Justo observó el desplazamiento de un automóvil Honda City, gris oscuro, dominio JBR-069, con tres personas en su interior, recorrían en varias oportunidades el lugar y dirigían sus miradas hacia el interior del local comercial.

Que debido a ello, se aguardó a que se retiraran de tal estacionamiento y una vez que salieron, más precisamente en la intersección de Ruta 4 y calle Condarco de San Justo, el personal policial procedió a identificarlos, determinando que uno de los ocupantes portaba en su cintura una pistola 9 mm. y refería tratarse de personal de Prefectura. A la vez, las versiones que los tres individuos aportaban relativas a su presencia en el lugar presentaban contradicciones, la documentación del automotor, no resultaba original y al abrir el baúl se observaba a simple vista un trozo compacto en forma rectangular con características similares a un pan de marihuana.

JAVIER AUGUSTO DE LUCA  
FISCAL GENERAL

Con todo ello, el juez ordenó que se proceda a la requisa del automotor.

Como resultado de la tal requisa quedó inequívocamente acreditado el secuestro en el automóvil en que circulaba Jorge Ariel Ávalo y Claudio David Pérez de 112 envoltorios tipo "ladrillos" que contenían marihuana en un peso de 91,814 kg.

Así pues, el 10 de septiembre de 2013, el tribunal oral –en lo que aquí interesa– resolvió:

- No hacer lugar a las nulidades planteadas por las defensas de Ávalo y Pérez.

- Condenar a Jorge Ariel Ávalo como coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, agravado por su condición de funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos de esta ley, previsto en los artículos 5°, inc. 'c' y 111, inc. 'd' de la Ley N° 23.737, a las penas de seis años y cuatro meses de prisión y multa de pesos cuatrocientos (\$ 400), la que deberá ser abonada dentro de los diez días de quedar firme la presente.

- Condenar a Claudio David Pérez como coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes, agravado por su condición de funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos de esta ley, previsto en los artículos 5°, inc. 'c' y 111, inc. 'd' de la Ley N° 23.737, a las penas de cuatro años y tres meses de prisión y multa de pesos trescientos (\$300), la que deberá ser abonada dentro de los diez días de quedar firme la presente.


Contra esa decisión, las defensas de los condenados interpusieron sendos recursos de casación.

## -II-

### **Recurso interpuesto por la defensa de Jorge Ariel Ávalos**

El recurrente cuestionó el informe actuarial, por cuanto entendió que de aquél surge que el Comisario Mayor Chevriau habría estado en el lugar del procedimiento, circunstancia que negada durante el debate.

En efecto, el tribunal de mérito consideró para rechazar el planteo de nulidad que, *"el informe actuarial de fs. 1 no indica que*

  
Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General Nº 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

*Chevriau se encontrara presente en el lugar en que se procediera a la requisita y detención de los imputados, sino que deja asentada la comunicación del Comisario Mayor Chevriau, en su carácter de Jefe de la Delegación Departamental de Investigaciones de la Matanza, en el que ponía en conocimiento de lo actuado hasta el momento por el personal policial, pero en ningún caso personifica en sí mismo esa actuación”.*

Al respecto, de la lectura de la sentencia impugnada, advierto que se trata de la reedición del planteo, sin el aporte de argumentos nuevos; el cual, por otra parte, fue debidamente respondido por el tribunal *a quo*; razón por la cual se trata de una mera divergencia con lo resuelto. Ello así, por cuanto la contraria cita este aparte de la sentencia sin realizar una crítica fundada y razonada de aquél.


\*\*\*

La defensa argumentó que la sospecha habría finalizado en el momento en que Ávalos se identificó, con su credencial y su arma reglamentaria. En este sentido, adujo la nulidad de todo lo actuado con posterioridad, por cuanto no hubo sospecha razonable para justificar el procedimiento.

Este agravio recibirá las mismas críticas que el anterior. Nuevamente, la defensa reedita este planteo, sin el aporte de argumentos novedosos; el cual, por otra parte, fue contestado de manera suficiente por el tribunal; razón por la cual, la pretensión de la defensa constituye una mera divergencia con lo decidido. Ello así, por cuanto esa parte transcribe secciones de la sentencia condenatoria sin realizar una crítica fundada y razonada.

En otro orden, la circunstancia de que Ávalos se identificara como miembro de una fuerza de seguridad no está prevista por nuestro ordenamiento como una causal impeditiva de la actuación de las fuerzas de seguridad ante la posible comisión un delito, situación que obliga a la intervención de la policía.

Así pues, el tribunal de mérito apreció que, *“a fs. 1 el Comisario Chevriau puso en conocimiento del juzgado federal que se encontraba una comisión policial apostada en el interior del estacionamiento del supermercado ‘Walmart’ de San Justo y divisaron el desplazamiento de un automóvil Honda City, gris oscuro con tres personas que realizaban*

  
JESÚS AUGUSTO DE LUCA  
FISCAL GENERAL

*varias recorridas por el lugar y dirigían sus miradas hacia el interior del local comercial.*

*“Aclaró el informe que esto ocurría el 21 de diciembre de 2012 en el marco el operativo policial 1079/12, que tendía a prevenir los saqueos sobre los que se estaban realizando anuncios periodísticos.*

*“Agrega el informe que uno de los ocupantes portaba en su cintura una pistola 9 mm. Y refería tratarse de personal de Prefectura; que las versiones en el lugar presentaban contradicciones; que la documentación del automotor, no resultaba original y que al abrir el baúl observaron a simple vista un trozo compacto en forma rectangular con características similares a un pan de marihuana.*

*“Con este informe del actuario contaba el Juez para ordenar la requisa del automotor y en mi criterio resultó harto suficiente para sostener el grado de sospecha que requiere la medida que ordenaba.*

Ahora bien, observo que estas consideraciones no fueron debidamente confutadas por esa parte en su recurso.

Por cierto, del examen de la sentencia impugnada, los elementos objetivos de sospecha de la causa probable de la comisión de un delito fueron produciéndose de manera concatenada.

Los movimientos extraños del automotor en una zona donde fue denunciada la posible ocurrencia de saqueos, condujo a que se lo detuviera para requerir la documentación correspondiente al vehículo. Ante la falsedad de aquella, los funcionarios preventores procedieron al secuestro del rodado y a la apertura de su baúl. Y al observar a simple vista, un trozo compacto en forma rectangular con características similares a un pan de marihuana, solicitaron autorización al juez de turno para proceder a la requisa del vehículo.

En este sentido, constituyen elementos objetivos indisolublemente unidos que conducen a una conclusión –la existencia de una sospecha razonable–, que no puede ser deducida mediante un análisis aislado y sesgado de cada uno de ellos; como lo pretende la defensa.

\*\*\*

El recurrente sostuvo que las declaraciones de los funcionarios preventores fueron contradichas por el testigo de actuación Juan José Martínez. Concretamente, señaló que el testigo declaró que dentro del baúl vio bolsos, cerrados y que no había un olor nauseabundo. Agregó

que ello divergía con lo que relataron en la audiencia los funcionarios policiales.

Lo señalado por el testigo, en nada empece la existencia de elementos objetivos de la causa probable –la documentación apócrifa del vehículo automotor– de la comisión de un delito. Es más, constituyen meras contradicciones accidentales, y no esenciales en relación a los elementos objetivos que justificaron el procedimiento. Máxime cuando, por lo demás, el mencionado testigo de actuación ratificó el secuestro de la marihuana, los tickets de nafta, facturas y peajes.

Asimismo, se incorporó por lectura la declaración del restante testigo de actuación, Gustavo Hernán Machuca (obranste a fs. 99), de la cual, surge que se expresó en términos similares a los demás testigos.

\*\*\*

En su recurso, el impugnante vuelve sobre el procedimiento, para señalar que el tribunal de juicio fundamentó la sentencia en las declaraciones de los funcionarios preventores. La defensa se agravió de que en sus declaraciones los funcionarios expusieron que la sospecha razonable se fundó en la posible relación que podían tener los condenados con los saqueos y en la documentación falsa del automotor. En este sentido, sostuvo la defensa de Ávalos que no fue indagado por esa circunstancia.

En primer término, es menester mencionar que este planteo fue, así también, adecuadamente respondido por el tribunal, sin que se advierta una correcta confutación por esa parte, ni el aporte de explicaciones novedosas.

Así pues, el tribunal *a quo* consideró que fue suficiente razón que *“circulaban en un vehículo con pedido de secuestro y cuya numeración y documentación se encontraba adulterada. En tal sentido, cabe reiterar el contenido del informe del Capitán César Enrique Núñez que estableció que al Honda City, dominio colocado JBR-069 correspondía el dominio JAM-735, con pedido de secuestro activo”*; y por ello, convalidó la actuación del juez federal.

Asimismo, agregó que *“lo que aquí interesa es el hecho objetivamente comprobado, que se verifica con el examen de visu del rodado de fs. 42 y la efectiva sustanciación de actuaciones por ante la*

ANEXOS  
AGUSTO DE 1977  
FISCAL GENERAL

*Unidad Funcional de Instrucción y Juicio descentralizada N° 2 de Avellaneda, de lo que obra constancia a fs. 483".*

En realidad, el argumento de la defensa constituye un *argumentum ad absurdum*, por cuanto el sostén de tales juicios implicaría en la práctica que las fuerzas de seguridad se vean impedidas de actuar ante la posible comisión de un delito, cuando en realidad es a la inversa, constituye su deber y su omisión un delito.

Existen diversos grados de certeza requerida –o sospecha razonable en este caso–, y no tiene la misma exigencia la detención de un vehículo que su posterior requisa, como lo pretende la defensa, para la cual, pareciera que sólo la flagrancia es razón suficiente de sospecha razonable.

\*\*\*

La defensa sostuvo que el delito de transporte de estupefacientes habría quedado en grado de conato.

Respecto a ello, de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho acreditadas en autos, concretamente, de la detención de Ávalos y Pérez, y la cantidad y disposición en que se halló la droga secuestrada – 26 envoltorios dentro de un bolso con la inscripción de "Hello Kitty", 42 envoltorios en el interior de una valija verde y 44 envoltorios en una valija negra–, estimo que la calificación jurídica impuesta por el tribunal de mérito al nombrado es incorrecta.

Así las cosas, considero que la conducta obrada por los condenados debe ser subsumida en el delito de tenencia simple de estupefacientes. Ello así, por cuanto la descripción del hecho no evidencia el punto de origen, como así tampoco el lugar de destino de la droga secuestrada. En este sentido, no cualquier traslado de una cosa de un lugar hacia otro constituye transporte en la significación jurídica del término. El concepto jurídico del transporte de estupefacientes implica más que el mero acto de trasladar una cosa de un lugar a otro.

Así tampoco, la conducta ilícita del condenado sería subsumible en el delito de tenencia con fines de comercialización, por cuanto no se acreditó la ultra intención, elemento requerido por el tipo subjetivo de la figura típica mentada.

Es claro que el transporte siempre es una tenencia pero que, al igual que todas las otras, contiene un dato de especialidad que desplaza la figura genérica por su especie. En esta tarea debe recordarse que el



concurso aparente de leyes no conlleva necesariamente –como en el concurso ideal– a la selección de la figura más severamente penada, sino a la que en el caso concreto reúna todas las características del tipo.

En efecto, si el transporte lo es con alguno de los fines específicos de la ley, estos últimos no permiten la aplicación de aquél. Si el sujeto transporta con fines de comercialización, no hay tenencia simple ni transporte en el sentido técnico de la ley, hay comercio o tenencia con fines de comercio. Si lo hace con fines de consumo personal tampoco, pues el elemento subjetivo del tipo presente desplaza –por razones constitucionales, de política criminal y de fines de la pena– a la modalidad de la acción más grave.

No incide en la caracterización del transporte si está o no vinculado al comercio de estupefacientes o es un eslabón en la cadena del tráfico. Estas son razones de política criminal que pudo haber tenido en cuenta el legislador histórico para punir una acción comprobable en la generalidad de los casos, pero que no han sido plasmadas en la letra de la ley, ni se derivan de su interpretación sistemática y teleológica, es decir, no se desprenden de la voluntad y sentido de la ley, ni esta conclusión resulta incoherente con las consecuencias que tal finalidad persigue.

Tampoco se trata de un problema de dificultad probatoria que haya querido solucionar el legislador el que justifique que toda conducta que no pueda ser probada como transporte se resuelva por la figura “residual” de la tenencia. Esto no es consecuencia de una decisión pragmática, sino de la correcta interpretación de la ley de fondo, en cuanto los elementos objetivos y subjetivos –que deben coincidir– pueden no estar presentes para configurar un caso como transporte, pero se mantienen intactos para encuadrarlos en tenencia simple.

\*\*\*

La defensa de Claudio David Pérez realizó planteos similares a los ya examinados, razón por la cual recibirán la misma respuesta. Ello así, a excepción de que agregó que al caso era de aplicación la doctrina del fallo “Daray” (Fallos: 317:1985), toda vez que no existió ningún indicio razonable que pudiera sustentar la sospecha de la posible comisión de un delito.

Ahora bien, es menester recordar que si bien los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no son de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores, los jueces deben proveer las razones por las cuales deciden apartarse de la doctrina que sientan en ellos.

Que también es cierto que los fallos deben aplicarse sólo a casos análogos, y que por ello, no es de aplicación al presente, por cuanto las circunstancias del hecho difieren sustancialmente de las del precedente "Daray".

Que en prieta síntesis, en ese antecedente, las circunstancias del hecho consistieron en la detención de un vehículo importado marca Mercedes Benz chapa patente C-1-.494.782 conducido por Carlos Antonio Garbin para su debido control. Que los funcionarios policiales "invitaron" a Garbin a que se trasladara a la Dependencia para una mayor verificación de la documentación del vehículo, a lo que accedió de plena conformidad.

Al respecto, el Máximo Tribunal discurrió que, *"las actuaciones policiales examinadas de manera alguna explican cuáles eran las circunstancias que justificaban -a los fines de realizar 'una mayor verificación de la documentación del vehículo'-, la detención del señor Garbin"* (considerando 11); razón por la cual declaró la nulidad de todo lo actuado en ella.

Finalmente, cabe recordar que obviamente la "invitación" no fue considerada como tal por la Corte Suprema.

-III-

Por lo expuesto, solicito -que al momento de resolver- los recursos de casación interpuestos sean parcialmente rechazados en los términos señalados.

Fiscalía N° 4, 23 de diciembre de 2013.



JAVIER AUGUSTO DE LUGA  
FISCAL GENERAL